



Rivista Trimestrale - 1/2014

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

Ricordando Giorgio Marinucci
AA.VV.

Il dilemma del dolo eventuale
Interventi di M. Donini, L. Eusebi, A. Aimi

Carcere e diritti fondamentali
Interventi di A. Pugiotto e D. Pulitanò

EDITORE
Luca Santa Maria

DIRETTORE RESPONSABILE
Francesco Viganò

VICE DIRETTORI
Gian Luigi Gatta,
Guglielmo Leo,
Luca Luparia

COMITATO SCIENTIFICO
Emilio Dolcini, Novella Galantini,
Roberto Bartoli, Fabio Basile,
Silvia Buzzelli, Elena Maria Catalano,
Massimo Ceresa Gastaldo,
Fabrizio D'Arcangelo, Angela Della Bella,
Gian Paolo Demuro, Antonio Gullo,
Stefano Manacorda, Vittorio Manes,
Luca Masera, Anna Maria Maugeri,
Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda,
Chantal Meloni, Claudia Pecorella,
Marco Pelissero, Gioacchino Romeo,

Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri,
Domenico Pulitanò, Marco Scoletta,
Rosaria Sicurella, Carlo Sotis, Giulio Ubertis,
Antonio Vallini, Alfio Valsecchi,
Costantino Visconti, Matteo Vizzardi

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Anna Liscidini, Alberto Aimi, Susanna Arcieri,
Ignacio Castillo Val, Irene Gittardi,
Marco Montanari, Tommaso Trinchera,
Alessandra Verri, Stefano Zirulia



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, espressione di una partnership tra lo Studio legale dell'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, e la Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, cui afferiscono i componenti del Comitato scientifico che supervisiona i contenuti della Rivista. La Rivista è diretta da un Comitato di direzione composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di giovani docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

Peer review

La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Elenco dei revisori

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Lorenzo Picotti, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani

ANNO 2014, CODICE ISSN 2240-7618

Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.

Sede legale Via Serbelloni, 1, 20122 Milano

DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE: IL CASO THYSSEN AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

In attesa di... Cass., Sez. Un., ud. 24 aprile 2014, Ric. Espenhahn

Alberto Aimi

ABSTRACT

Il lavoro, pubblicato *in limine* della decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sul caso ThyssenKrupp, affronta criticamente una delle fondamentali questioni giuridiche che la vicenda ha sollevato: la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente. Dopo una succinta esposizione della motivazione delle sentenze di merito, infatti, l'Autore prende posizione in senso fortemente critico rispetto alla formulazione del quesito controverso sottoposto alle Sezioni Unite, nonché nei confronti della teoria del dolo eventuale attualmente maggioritaria in giurisprudenza, e argomenta, invece, a favore dell'accoglimento della nozione di dolo eventuale basata sulla teoria c.d. del bilanciamento, proponendo, altresì, una serie di criteri operativi destinati ad orientare il giudice, nel caso concreto, nella valutazione relativa alla sussistenza (o alla insussistenza) del dolo eventuale.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il problema dell'imputazione soggettiva nella sentenza di primo grado. – 3. Il problema dell'imputazione soggettiva nella sentenza pronunciata in grado d'appello. – 4. Breve storia della "ragionevole speranza": un *excursus*. – 5. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite: il dolo senza rappresentazione? – 6. I reali termini del problema: il dubbio è sufficiente ad integrare il dolo? – 6.1. La ricognizione dello status quo. – 6.2. La riformulazione del quesito... – 6.3. ... e una possibile risposta. – 6.4. La prova del dolo eventuale nell'ottica della teoria del bilanciamento. – 7. Conclusioni. ThyssenKrupp: dolo eventuale o colpa (cosciente)?

1.

Premessa

In data 29 novembre 2013, il Primo Presidente della Corte di Cassazione ha assegnato alle Sezioni Unite i ricorsi presentati dalle parti avverso la sentenza della Corte di Assise di Appello di Torino resa nell'ambito dell'ormai notissimo procedimento *Espenhahn*, relativo al disastroso incendio divampato nell'acciaieria torinese di proprietà della multinazionale tedesca ThyssenKrupp.

La questione rimessa, attinente all'individuazione della «esatta linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente»¹, risulta formulata nei termini seguenti: «se la irragionevolezza del convincimento prognostico dell'agente circa la non verificazione dell'evento comporti la qualificazione giuridica dell'elemento psicologico del delitto in termini di dolo eventuale»².

L'enorme potenziale storico, dogmatico, nomofilattico, della *res iudicanda* è di chiara evidenza; senonché, la formulazione della questione contrastata nei termini poc'anzi indicati non può che destare, almeno in chi scrive, qualche perplessità.

Ci chiediamo, infatti, se la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente possa davvero risolversi nella dicotomia irragionevolezza/ragionevolezza del «convincimento prognostico dell'agente circa la non verificazione dell'evento»; o se, piuttosto, gli autentici termini della questione non risiedano altrove.

Prima di tentare di fornire una personale risposta a tale interrogativo, ci pare tuttavia opportuno ripercorrere sinteticamente il contenuto delle sentenze pronunciate in primo grado e in grado d'appello, con particolare riferimento ai profili attinenti all'imputazione soggettiva del fatto³.

2.

Il problema dell'imputazione soggettiva nella sentenza di primo grado

Nella notte tra il 5 e il 6 dicembre 2007, le scintille dovute allo sfregamento di un nastro industriale, che scorreva lungo la linea di ricottura e decapaggio (denominata "APL5") dello stabilimento ThyssenKrupp di Torino, innescavano un piccolo focolaio d'incendio, che traeva immediatamente linfa dai numerosi materiali giacenti sul pavimento: carta oleata, olio di laminazione, olio idraulico e «sporcizia assortita»⁴. Qualche minuto dopo l'innescò, accortisi dello svilupparsi delle fiamme, i lavoratori presenti presso la linea APL5 accorrevano sul posto, muniti di estintori a CO² portatili, per cercare di domare l'incendio. Il calore, tuttavia, determinava la rottura improvvisa di alcuni flessibili contenenti olio idraulico ad altissima pressione che, infiammandosi, si diffondeva violentemente e istantaneamente all'interno della linea di

¹ Così il provvedimento di rimessione, cfr. *Dolo eventuale o colpa cosciente? Il caso Thyssen Krupp approda alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 4 dicembre 2013.

² Abbiamo tratto la formulazione della questione controversa dal Servizio novità del sito della Corte Suprema di Cassazione.

³ Tra i numerosi commenti alle due sentenze di merito del procedimento *Espenhahn*, segnaliamo (senza nessuna pretesa di completezza): P. ASTORINA MARINO, *Waiting for the miracle? Ragionevolezza e speranza nel caso Thyssen: dal dolo eventuale alla colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1565 ss.; R. BARTOLI, *Ancora sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2013; ID., *La sentenza sul rogo della Thyssenkrupp: tra prassi consolidata e profili d'innovazione*, in *Legisl. pen.*, 2012, 2, 529 ss.; ID., *Il dolo eventuale sbarca nell'attività d'impresa*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 6, 703 ss.; D. PIVA, *"Tesi" e "antitesi" sul dolo eventuale nel caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 2, 208 ss.; G.P. DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, 1, 142 ss.; G. DE FRANCESCO, *L'imputazione soggettiva nel campo della sicurezza sul lavoro: tra personalismo e rafforzamento della tutela*, in *Legisl. pen.*, 2012, 2, 555 ss.; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2012, 1, 152 ss.; G. MARRA, *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso ThyssenKrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, in *I working papers di Olympus*, 2012, 8, 1 ss.; F. MUCCIARELLI, *Dolo e colpa tra prevedibilità e previsione*, in *Legisl. pen.*, 2012, 2, 537 ss.; M.A. PASCULLI, *Responsabilità, giustizia e diritto vivente*, in *Arch. pen.*, 2012, 3, 1 ss.; D. PETRINI, *Consapevolezza del pericolo e accettazione del rischio: anche il datore di lavoro può rispondere di omicidio a titolo di dolo eventuale per la morte dei suoi lavoratori*, in *Legisl. pen.*, 2012, 2, 549 ss.; S. PODDA, *Il dolo eventuale: criterio di imputazione soggettiva dell'evento o strumento di politica criminale*, in *Giur. mer.*, 2012, 6, 1359 ss.; S. RAFFAELE, *La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 1077 ss. Per una bibliografia essenziale sul tema del dolo eventuale, sia invece consentito rinviare a A. AIMI, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 3, 301, nota 1, nonché a M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 21 febbraio 2014, 2, nota 1.

⁴ Così *Ass. Torino, Sez. II*, 11 novembre 2011, *Espenhahn*, in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2011 con annotazione di S. ZIRULIA, *ThyssenKrupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'Assise*.

decappaggio, così cagionando la morte di sette operai, bruciati vivi dall'esplosione di una vera e propria "nube incendiaria".

Della morte dei sette dipendenti venivano chiamati a rispondere tutti i membri del Comitato esecutivo del Consiglio di Amministrazione della società esercente lo stabilimento di Torino, il direttore dello stesso, nonché due dirigenti ivi competenti in materia di sicurezza sul lavoro, con – per quanto qui concerne – almeno una relevantissima differenza riguardante il titolo di responsabilità soggettiva: mentre all'Amministratore delegato le morti erano addebitate a titolo di dolo eventuale (art. 575 c.p.), agli altri garanti era mosso esclusivamente un rimprovero di colpa (art. 589 c.p.), sia pure aggravata dalla previsione dell'evento (art. 61 n. 3 c.p.).

In particolare, all'Amministratore delegato veniva contestata la «decisione di posticipare [...] gli investimenti antincendio per lo stabilimento di Torino [...] e l'investimento per l'adeguamento dell'APL5 [...] ad epoca successiva al suo trasferimento da Torino a Terni [...], e ciò nonostante la linea APL5 fosse ancora in piena attività [...], per giunta nell'ambito di uno stabilimento quale quello di Torino in crescenti condizioni di abbandono e insicurezza», omettendo così di adottare «una adeguata e completa valutazione del rischio incendio» ed un «sistema automatico di rivelazione e spegnimento incendi»; mentre agli altri imputati era sostanzialmente rimproverato di avere omesso, nell'esercizio delle rispettive funzioni, di sottolineare l'esigenza di adottare «le necessarie misure [...] di prevenzione e protezione degli incendi presso lo stabilimento di Torino», malgrado la conoscenza della loro necessità ai fini della tutela della vita e dell'incolumità fisica dei lavoratori.

Com'è noto, in data 15 aprile 2011, la sezione seconda della Corte di Assise di Torino, in accoglimento delle richieste della Procura della Repubblica, condannava l'A.D. della società ad una pena di 16 anni e 6 mesi di reclusione per il delitto di omicidio volontario (nonché per i delitti di incendio doloso e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro), commesso con dolo eventuale, e gli altri imputati a pene comprese tra 13 anni e 6 mesi di reclusione e 10 anni e 10 mesi di reclusione, per i meno gravi delitti di omicidio colposo, incendio colposo – entrambi aggravati dalla previsione dell'evento – e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro.

Nel motivare in ordine all'imputazione soggettiva degli eventi mortali cagionati dalla combinazione di condotte commissive e omissive addebitate agli imputati, la Corte di Assise faceva proprie le determinazioni in tema di dolo eventuale e colpa cosciente contenute nell'ormai notissima sentenza della Corte di Cassazione *Ignatiuc*⁵, caratterizzata, peraltro, da un certo «sincretismo additivo di criteri identificativi del dolo» eventuale⁶.

Nella sentenza *Ignatiuc*, la Corte di Cassazione aveva affermato, innanzitutto, come la mera rappresentazione di un evento lesivo come possibile conseguenza della propria azione non possa fungere da elemento discreitivo tra colpa cosciente e dolo eventuale, dovendo tale rappresentazione sussistere, senza «essere stata sostituita da una non previsione o da una contro previsione», in entrambe le figure di colpevolezza in questione. La Suprema Corte aveva chiarito, in altri termini, come il dubbio in ordine alla verifica di un evento lesivo di beni giuridici non possa mai essere considerato «sufficiente» per fondare il dolo eventuale.

Ciò che sostanzierebbe il dolo eventuale, infatti, non sarebbe la sola rappresentazione dell'evento come possibile, bensì lo svolgimento da parte del soggetto agente di un vero e proprio bilanciamento, con il quale lo stesso «subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro», «prospetta[ndosi] chiaramente il fine da raggiungere e coglie[ndo] la correlazione che può sussistere tra il soddisfacimento dell'interesse perseguito e il sacrificio di un bene diverso»; occorrerebbe, insomma, che l'agente «effettu[i] in via preventiva una valutazione comparata tra tutti gli interessi in gioco – il suo e quello altrui – e attribuisce[a] prevalenza a

⁵ Cass., Sez. I, 15 marzo 2011, n. 10411, *Ignatiuc*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2011 con nota di A. Aimi, *Fuga dalla polizia e successivo incidente stradale con esito letale: la Cassazione ritorna sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente* e con nota di M. ZECCA, *Dalla colpa cosciente al dolo eventuale: un'ipotesi di omicidio e lesioni personali "stradali" in una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2011; nonché in *St. Iuris*, 2011, 10, 1108 ss. con nota di A. PALMA, *Dolo eventuale*, in *Foro it.*, 2011, II, 533 ss. con nota di F.P. Di FRESCO, *Incidente mortale causato da una condotta di guida considerata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione «rispolvera» la formula di Frank*; in *Cass. pen.*, 2012, 4, 1332 ss. con nota di V. NOTARIGIACOMO, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente: la necessaria, riaffermata, valorizzazione dell'elemento volontaristico del dolo* e in *Giur. it.*, 2012, 2, 410 ss. con nota di M.F. ARTUSI, *Sui labili confini tra dolo eventuale e colpa cosciente (a proposito di un sinistro stradale)*.

⁶ G. FIANDACA, *Sul dolo*, cit., 154.

uno di essi». Solo allora «l'evento intenzionalmente perseguito [...] attrae l'evento collaterale, che viene dall'agente posto coscientemente in relazione con il conseguimento dello scopo perseguito», così atteggiandosi a «prezzo (eventuale) da pagare per il conseguimento di un determinato risultato».

Inoltre, la Corte aveva rispolverato la prima formula di Frank, affermando che nel dolo eventuale occorrerebbe «che la realizzazione del fatto sia stata accettata psicologicamente dal soggetto, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto», mentre nella colpa con previsione «la rappresentazione come certa del verificarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente» dall'agire.

Infine, la Suprema Corte aveva riconosciuto la validità di un ulteriore principio di diritto, secondo cui «si versa [...] nella forma di colpa definita cosciente, aggravata dall'aver agito nonostante la previsione dell'evento (art. 61 n. 3 c.p.), qualora l'agente, nel porre in essere la condotta nonostante la rappresentazione dell'evento, ne abbia escluso la possibilità di verifica [...] nella convinzione, o nella ragionevole speranza, di poterlo evitare per abilità personale o per intervento di altri fattori».

Esposta e condivisa la tesi poc'anzi descritta, la Corte di Assise procedeva poi a differenziare i titoli di responsabilità dei soggetti coinvolti.

Innanzitutto, i giudici di merito sottolineavano gli elementi – in gran parte comuni a tutti gli imputati – dai quali si sarebbe potuta inferire la conoscenza della «situazione [...] di continuo “rischio” dello e nello stabilimento», che avrebbe permesso ai garanti «di rappresentarsi la concreta possibilità del verificarsi di un incendio e di un infortunio anche mortale sulla Linea 5 di Torino».

In particolare, gli elementi dai quali si sarebbe potuta dedurre la piena consapevolezza, in capo agli imputati, dei rischi incombenti sullo stabilimento, consistevano: nelle condizioni fatiscenti in cui versava lo stabilimento, conosciute dagli imputati per presa visione diretta o attraverso i flussi informativi aziendali; nel fatto che lo stabilimento fosse addirittura privo del certificato antincendio; nei numerosi focolai di incendio sviluppatisi nella Linea 5, e tuttavia, fino al giorno del disastro, sempre domati dai lavoratori; nell'incendio «devastante» sviluppatosi nel 2002 nello stabilimento di Torino, che aveva peraltro già portato ad una condanna per il delitto di incendio colposo in capo ai dirigenti allora in carica; nell'incendio parimenti «devastante» sviluppatosi nel 2006 presso lo stabilimento della ThyssenKrupp a Krefeld, su una linea di ricottura e decapaggio analoga all'APL5 di Torino, a seguito del quale la “casa madre” aveva istituito un apposito gruppo di lavoro competente per la valutazione del rischio incendi nelle linee del tipo in esame e, nel 2007, deciso stanziamenti straordinari per la messa in sicurezza della linea di Torino; nella valutazione del rischio incendio svolta dalla compagnia AXA Assicurazioni del 2007, «in cui erano individuati anche i rischi rappresentati dall'olio idraulico in pressione» – ovvero esattamente i rischi concretizzatisi nella drammatica notte del 6 dicembre – e a seguito della quale la franchigia assicurativa veniva congruamente aumentata; nonché nel progressivo trasferimento nello stabilimento di Terni «delle professionalità più qualificate».

La Corte di Assise precisava poi che, nonostante questo quadro conoscitivo, non avrebbe potuto porsi «in dubbio» che tutti «gli imputati sperassero, nonostante la prevedibilità, la previsione e la rappresentazione, anche da parte loro, dell'evento, che non capitasse “nulla”». Tuttavia, siccome «l'elemento soggettivo della colpa cosciente [...] comporta una indispensabile connotazione di ragionevolezza nella speranza», la Corte si peritava di individuare elementi – per vero, un unico elemento – in grado di fondare tale “ragionevolezza”: *id est*, la «posizione aziendale».

Insomma: i dirigenti di Torino avrebbero confidato sul fatto che «le scelte e le decisioni dei dirigenti tecnici di Terni e dei vertici [...] in qualche modo evitassero il verificarsi dell'evento previsto»; il dirigente tecnico di Terni, a sua volta, avrebbe confidato sulle «decisioni dei vertici»; i membri del Comitato esecutivo avrebbero fatto affidamento sulle «proposte operative ed il controllo esercitato» dall'A.D. Sennonché, esauriti i “santi in Paradiso”, all'Amministratore delegato la “miccia” rimaneva in mano: la Corte non riusciva più «ad individuare alcun fattore, alcun elemento, ripercorrendo l'intero quadro a disposizione dell'imputato, in forza del quale egli potesse “ragionevolmente” sperare che non sarebbe capitato nulla».

A questo primo elemento di differenziazione tra la posizione dell'A.D. e quella degli altri imputati, se ne aggiungeva un altro: l'asserita assunzione, da parte dell'Amministratore de-

legato, di una vera e propria «deliberazione», con la quale questi avrebbe subordinato il bene della «incolumità dei lavoratori nello stabilimento di Torino» a quello degli «obiettivi economici aziendali».

Precisamente, tale deliberazione si sarebbe sostanziata nella «decisione di non investire nulla a Torino in “fire prevention”»; decisione a sua volta derivante dalla programmata scelta di chiudere lo stabilimento e spostare la APL5 a Terni. «Una decisione razionale» secondo la Corte «e, sotto il profilo economico, giustificata: mettere “in sicurezza” gli impianti [...] dopo il loro spostamento nella sede in cui continueranno la produzione; [...] spendere quanto stanziato [...] per “fire prevention” in interventi duraturi» e, contemporaneamente, «continuare la produzione» a Torino «per quindici mesi successivi all’annuncio ufficiale della chiusura», contenendo «i danni derivanti da un blocco totale della produzione». L’A.D., «persona preparata, autorevole, determinata, competente, scrupolosa», avrebbe così perseguito «con determinazione» e con piena consapevolezza gli obiettivi di risparmio poc’anzi segnalati, cogliendo la correlazione sussistente tra il loro soddisfacimento e il rischio di incendio gravante sui lavoratori, e sacrificando l’incolumità fisica di questi ultimi quale prezzo per il raggiungimento dei desiderata aziendali. In ciò, i giudici di merito ravvisavano «l’accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno che costituisce il prezzo (eventuale) da pagare per il raggiungimento di un determinato risultato», e dunque, il dolo eventuale di omicidio.

La Corte di Assise taceva, infine, sull’applicazione della prima formula di Frank, pur chiaramente evocata dalla sentenza di legittimità *Ignatiuc*, la quale, come si è visto, costituiva il “canovaccio” motivazionale della sentenza di primo grado.

I giudici dell’Assise, infatti, per affermare la sussistenza del dolo eventuale dell’Amministratore delegato si accontentavano della negazione della “ragionevolezza” della di lui speranza che «non capitasse “nulla”» e dell’asserito compimento, da parte dello stesso, del bilanciamento poc’anzi descritto, omettendo completamente di chiedersi se, a fronte della certezza del realizzarsi di un incendio in cui sarebbero periti nove operai, l’A.D. avrebbe comunque deciso di posticipare l’attivazione dei sistemi antincendio necessari per la messa in sicurezza dello stabilimento – il che, nell’impostazione della sentenza *Ignatiuc*, avrebbe consentito di ritenere sussistente il dolo eventuale –, oppure avrebbe agito diversamente – il che avrebbe dovuto comportare l’attribuzione degli eventi lesivi a titolo di colpa cosciente.

3.

Il problema dell’imputazione soggettiva nella sentenza pronunciata in grado d’appello

Impugnata dalle difese degli imputati, la sentenza di primo grado veniva parzialmente riformata dalla Corte di Assise di Appello di Torino, la quale, in data 28 febbraio 2013, disattendendo le conclusioni della Corte di Assise in tema di dolo eventuale, riqualificava i fatti contestati all’A.D. nei delitti di omicidio colposo e incendio colposo, entrambi aggravati dalla previsione dell’evento, e, nel quadro di una generale rideterminazione in senso più favorevole delle pene inflitte a tutti gli imputati, lo condannava ad una pena – 10 anni di reclusione – sensibilmente inferiore a quella comminata in primo grado⁷.

Nel motivare tale riqualificazione, la Corte di Assise di Appello di Torino non abbandonava la definizione di dolo eventuale e colpa cosciente accolta dai giudici di primo grado; bensì, semplicemente, senza debordare di un millimetro dal solco tracciato dalla sentenza *Ignatiuc*, forniva una diversa spiegazione delle condotte ascritte all’A.D. e agli altri imputati, nei termini che si chiariranno a breve.

Innanzitutto, tuttavia, i giudici d’appello – in linea con i giudici di prime cure – chiarivano come ciascuno degli imputati non potesse che «essersi rappresentato e aver giudicato come possibile il verificarsi dell’evento» incendiario, «proprio con la modalità del *flash fire*», e che tale evento avrebbe potuto mettere «a rischio la vita degli operai». A sostegno di tale affermazione, si evocavano «le notizie positivamente conosciute da ciascun imputato, da cui emergevano i singoli fattori di rischio che si combinarono» nell’incendio letale, ricalcando parzialmente le

⁷ Ass. App. Torino, 23 maggio 2013, n. 6, *Espenhahn*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2013 con annotazione di S. ZIRULLA, *ThyssenKrupp: confermate in appello le condanne, ma il dolo eventuale non regge*.

fonti di prova già allegate nella sentenza di primo grado, ma ponendo in particolare l'accento – rispetto alla sentenza di prime cure – sulle evidenze documentali relative allo specifico fattore di rischio realizzatosi nella notte tra il 5 e il 6 dicembre 2007 (ovvero la rottura dei flessibili contenenti olio idraulico in pressione): la valutazione assicurativa del rischio incendio della AXA Assicurazioni e le analisi scaturite a seguito dei numerosi meeting del gruppo di lavoro costituito dopo l'incendio di Krefeld.

Non persuadevano il giudice d'appello, invece, i due elementi assunti nella sentenza di primo grado a fondamento della condanna dell'A.D. a titolo di dolo eventuale.

Illogica, in primo luogo, veniva ritenuta la valutazione di «ragionevolezza» della speranza che gli eventi sarebbero stati evitati, posseduta dai garanti «derivati», in ragione della loro «posizione aziendale», e di «irragionevolezza» della medesima speranza in capo all'A.D. «In che maniera» – si chiedono i giudici d'appello – «la diversa posizione nella gerarchia decisionale avuta da ciascuno avrebbe differenziato», rispetto all'A.D., «la loro convinzione che gli eventi non si sarebbero verificati, permettendo di ritenerla ragionevole?» Insomma, anche se la decisione di far slittare la messa in sicurezza dell'impianto era attribuibile all'A.D., nessuno degli imputati, a conoscenza sia dei piani aziendali, sia delle condizioni dello stabilimento, avrebbe potuto «ragionevolmente sperare» che l'A.D. «cambiasse all'improvviso indirizzo e ponesse mano da solo ed efficacemente alla realizzazione delle protezioni»; di più: anche se gli imputati avessero avuto tale speranza, questa non sarebbe apparsa «certo più ragionevole di quella ricostruita in capo all'A.D.».

Piuttosto, la Corte di Assise di Appello rammentava come la «realità di fabbrica vede[ss]e giornalmente il verificarsi di focolai che [...] venivano spenti pressoché costantemente dagli operai», prima che questi trasmodassero in «incendi diffusivi in senso tecnico»: «su questo [...] gli [...] imputati confidava[no], ritenendo che si sarebbero evitati incendi disastrosi». E proprio questo erroneo confidare che nulla di grave si sarebbe verificato «era intriso di un'enorme imprudenza», la quale configurerebbe «colpa [...] cosciente a carico degli imputati» – di *tutti* gli imputati, senza possibilità di differenziare la posizione dei garanti «secondari» da quella dell'A.D. – i quali, nonostante il quadro conoscitivo appena delineato, avrebbero comunque agito «nella convinzione che gli eventi sarebbero stati evitati».

In secondo luogo, i giudici d'appello mettevano «a confronto l'obiettivo perseguito» dall'A.D. – «il risparmio (o meglio, l'accantonamento) dei fondi già stanziati per Torino» – con «l'evento di danno non voluto, ma previsto come possibile» – «un incendio diffusivo e di difficile spegnimento, che mette a concreto repentaglio la vita di un numero indefinito di persone e la struttura stessa dell'impianto» –, ritenendo «impensabile» che, nel caso in esame, l'A.D. avesse subordinato il bene della incolumità dei lavoratori nello stabilimento di Torino a quello degli obiettivi economici aziendali, compiendo quel consapevole bilanciamento che sostanzia il dolo eventuale.

«I danni prevedibili, in caso di verifica dei reati» sarebbero infatti «stati molteplici: anche a voler estromettere qualunque considerazione circa le remore morali davanti alla previsione della morte dei propri dipendenti», rimarrebbero «la distruzione degli impianti, il blocco della produzione [...]; il risarcimento dei danni per le morti causate»; i danni «di immagine [...] relevantissimi». Ma allora, a fronte di tali prevedibili danni, «accettando il verificarsi degli eventi», l'A.D. «non solo non avrebbe fatto prevalere l'obiettivo perseguito» – quantificato dai giudici di prime cure «nella cifra di 800.000 euro» – «ma avrebbe provocato un danno di tali dimensioni da annullarlo e soverchiarlo totalmente»: «non si tratta di un caso» concludeva la Corte «in cui l'evento previsto è raffigurato come un prezzo da pagare per il raggiungimento dell'obiettivo, bensì di una vicenda in cui la verifica dell'evento diventa la negazione dell'obiettivo perseguito».

Sottoponendo, insomma, la condotta dell'A.D. alla «verifica ipotetica» omessa dalla sentenza di primo grado – ovvero l'applicazione della c.d. prima formula di Frank – la Corte d'Appello giungeva ad una soluzione «nettamente negativa» in relazione alla sussistenza del dolo eventuale: l'imputato non avrebbe agito se avesse avuto la certezza del verificarsi di un incendio disastroso analogo a quello verificatosi, proprio perché, agendo, avrebbe sacrificato lo stesso obiettivo di risparmio al raggiungimento del quale egli si sarebbe asseritamente votato.

4.

Breve storia della “ragionevole speranza”: un *excursus*

Una volta sintetizzate le soluzioni date dai giudici di merito al problema dell'imputazione soggettiva nel caso ThyssenKrupp, e prima di provare a dare una risposta al quesito sottoposto alle Sezioni Unite, ci pare a questo punto necessario spendere qualche parola sul concetto – per vero, non del tutto sconosciuto nel dibattito attinente alla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente – di “ragionevole speranza”.

E ciò, non soltanto perché sulla distinzione tra speranza “ragionevole” e speranza “irragionevole” di non verificazione dell'evento lesivo è, almeno in parte, dipesa la condanna a titolo di dolo eventuale di uno degli imputati nella sentenza di primo grado; ma anche perché tale distinzione richiama, per assonanza, la distinzione tra convincimento “ragionevole” e “irragionevole” circa la non verificazione dell'evento evocata dalla questione rimessa alle Sezioni Unite.

Nella storia recente della giurisprudenza italiana, la “ragionevole speranza” è una locuzione, che nelle motivazioni assolve la funzione di contribuire – assieme ad altre locuzioni – a definire la nozione di colpa cosciente e che, in tale veste, è stata tralatiziamente riportata, di massima in massima e di sentenza in sentenza, fino ad oggi, senza essere mai stata oggetto di particolare approfondimento dottrinale o giurisprudenziale.

La formula standard con cui la locuzione si manifesta nella giurisprudenza è quella secondo cui «risponde a titolo di colpa aggravata l'agente che, pur rappresentandosi l'evento come possibile risultato della sua condotta, agisce nella ragionevole speranza che questo non si verifichi»⁸. Sennonché, *illico et immediate*, si precisa che ciò significa che «la verificabilità dell'evento rimane un'ipotesi astratta che, nella coscienza dell'agente, *non viene percepita come concretamente realizzabile*»⁹, oppure che colpa cosciente vi è «qualora l'agente, nel porre in essere la condotta nonostante la rappresentazione dell'evento, *ne abbia escluso la possibilità di realizzazione*, [...] nella convinzione [...] di poterlo evitare per abilità personale o per intervento di altri fattori»¹⁰. La “convinzione” e la “ragionevole speranza” che l'evento non si verificherà compaiono insieme in questa formula come un'endiadi.

Niente di nuovo sul fronte occidentale: come avevamo già notato in un precedente contributo¹¹, il concetto di ragionevole speranza è usato dalla giurisprudenza per costruire un vero e proprio “doppio” della definizione tradizionale (e, peraltro, ancora grandemente maggioritaria) di colpa cosciente, secondo cui la colpa cosciente sussiste quando l'agente *ha escluso la possibilità di realizzazione dell'evento*, o comunque ha superato l'iniziale rappresentazione per giungere alla previsione che l'evento non si verificherà. Per la giurisprudenza, in altri termini, l'unica speranza “ragionevole”, e che esclude il dolo eventuale, è quella che consente all'agente di escludere con certezza o con «alta probabilità»¹² che l'evento si possa verificare.

Che quella da noi proposta sia l'esegesi corretta della locuzione giurisprudenziale di “ragionevole speranza” lo conferma, del resto, la stessa sentenza del giudice di prime cure di Torino nel caso ThyssenKrupp, che sulla distinzione tra speranza irragionevole e ragionevole ha fondato proprio le sue determinazioni più drammatiche: «la speranza, perché il soggetto *escluda dentro di sé la concreta possibilità di verificarsi dell'evento previsto* (e, quindi, perché la speranza sia in grado di limitare l'elemento soggettivo all'alveo della colpa c.d. cosciente), deve essere caratterizzata dalla ragionevolezza; non essere quindi un solo moto d'animo paragonabile all'auspicio»¹³.

⁸ Trib. Savona, 6 dicembre 2007, *R.A.*, in *Dejure*; Cass., Sez. Fer., 31 ottobre 2008, n. 40878, *Dell'Avvocato*, in *Dejure*; Trib. Roma, 26 novembre 2008, *Lucidi*, in *Foro it.*, 2009, II, 414 ss. con nota di G. FIANDACA, *Sfrecciare col “rosso” e provocare un incidente mortale: omicidio con dolo eventuale?*; Cass., Sez. V, 1 dicembre 2008, n. 44712, *Dall'Olio* in *St. Iuris*, 2009, 2, 212 ss. con nota di D. MICHELETTI, *Dolo eventuale*; Cass., Sez. V, 28 maggio 2009, n. 22428, *N.C.S.*, in *Dejure*; Cass., Sez. I, 16 giugno 2009, n. 24901, *T.E.*, in *Dejure*; Cass., Sez. I, 15 marzo 2011, n. 10411, *Ignatiuc*, cit.; Cass., Sez. V, 26 gennaio 2012, n. 3222, *Guzinska*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2012 con nota di P. PIRAS, *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*; Cass., Sez. I, 14 giugno 2012, n. 23588, *Beti*, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2012 con nota di A. AIMI, *Scontro frontale in autostrada con esito letale: la Cassazione conferma il dolo eventuale*.

⁹ Cass., Sez. V, 1 dicembre 2008, n. 44712, *Dall'Olio*, cit. Così anche: Trib. Savona, 6 dicembre 2007, *R.A.*, cit.; Cass., Sez. Fer., 31 ottobre 2008, n. 40878, *Dell'Avvocato*, cit.; Cass., Sez. V, 28 maggio 2009, n. 22428, *N.C.S.*, cit.

¹⁰ Così Cass., Sez. I, 15 marzo 2011, n. 10411, *Ignatiuc*, cit.; Cass., Sez. V, 26 gennaio 2012, n. 3222, *Guzinska*, cit.; Cass., Sez. I, 14 giugno 2012, n. 23588, *Beti*, cit.

¹¹ Cfr. A. AIMI, *Dolo*, cit., 306.

¹² Parla anche di «alta probabilità» Cass., Sez. V, 26 gennaio 2012, n. 3222, *Guzinska*, cit.

¹³ Ass. Torino, Sez. II, 11 novembre 2011, *Espenhahn*, cit.

Ciò chiarito, ci pare che l'uso del concetto di "ragionevole speranza" per indicare la situazione soggettiva di chi abbia escluso dentro di sé la possibilità di verificazione dell'evento, rappresenti, oltretutto un errore, un ulteriore fattore di confondimento di un quadro concettuale già sufficientemente complesso.

Innanzitutto, l'uso giurisprudenziale del concetto di "ragionevole speranza" ci sembra erroneo dal punto di vista lessicale, perché, col parlare di "speranza" a proposito della possibilità che un evento futuro non si verificherà, si fa normalmente riferimento ad uno stato mentale radicalmente diverso da quello di chi possiede la «convinzione» che un evento futuro non si realizzerà. Chi è convinto che dalla propria condotta non possa derivare alcun evento lesivo a carico di terzi, infatti, non ha bisogno di sperare alcunché, proprio perché non vede avanti a sé alcuna conseguenza diversa e ulteriore rispetto a quella presa direttamente di mira. Chi spera, invece –ragionevole o meno sia la speranza posseduta –, è fiducioso in eventi futuri di cui non conosce i possibili esiti e le esatte probabilità e, pertanto, ha uno stato d'animo opposto rispetto a chi, con certezza o alta probabilità, esclude la possibilità di verificazione di un determinato evento. Insomma: in tanto si spera che un evento futuro non si realizzi, in quanto l'evento sia percepito come concretamente realizzabile, e non in quanto si abbia la certezza che nulla di male potrà accadere.

Ma non solo. Affermare che solo la speranza caratterizzata da «ragionevolezza» possa valere a «limitare l'elemento soggettivo all'alveo della colpa cosciente» ci pare rechi il rischio di ingenerare un pericolosissimo equivoco, vale a dire l'idea che si possano impiegare «parametri propri del reato colposo, o parametri normativo-sociali»¹⁴ – come quelli evocati dal concetto di "ragionevolezza" – per spiegare un fatto commesso con dolo eventuale; un fatto, cioè, che pur rimane intrinsecamente doloso.

Si cercherà, per quanto possibile, di spiegare meglio questa obiezione nel paragrafo successivo, dedicato all'analisi critica del quesito sottoposto alle Sezioni unite, in considerazione del fatto che la questione rimessa, evocando esplicitamente i concetti di "ragionevolezza" e "irragionevolezza" a proposito dell'ascrizione di fatti dolosi, sembra essere incorsa proprio nell'equivoco poc'anzi evidenziato.

5.

Il quesito sottoposto alle Sezioni unite: il dolo senza rappresentazione?

Giova ripeterlo: le Sezioni unite si domanderanno «se la irragionevolezza del convincimento prognostico dell'agente circa la non verificazione dell'evento comporti la qualificazione giuridica dell'elemento psicologico del delitto in termini di dolo eventuale».

Orbene, per comprendere l'esatta portata del quesito sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, occorre in primo luogo chiarire cosa significhi l'articolata espressione «convincimento prognostico dell'agente circa la non verificazione dell'evento». A nostro avviso, l'espressione non può significare nient'altro che *“convinzione che l'evento non si verificherà”*, ovvero superamento dell'iniziale rappresentazione dell'evento come possibile conseguenza accessoria della propria condotta e, dunque, esclusione mentale della possibilità che si verifichi qualsivoglia evento lesivo a carico di terzi.

La questione “controversa” sottoposta all'attenzione delle Sezioni unite si può dunque riformulare nei termini seguenti: «se l'irragionevolezza della convinzione dell'agente circa la non verificazione di alcun evento lesivo a carico di terzi sia sufficiente per ritenere sussistente il dolo eventuale». Si fa riferimento, in altri termini, a una situazione in cui l'agente è certo che, ponendo in essere una determinata condotta, non succederà nulla: l'agente *non si rappresenta (non prevede) alcun evento lesivo come causalmente connesso alla propria condotta*. Tuttavia, questa convinzione appare irragionevole, irrazionale, non fondata su alcun elemento su cui un agente medio normalmente avrebbe potuto confidare; è «una percezione o comprensione alterata della realtà, derivante da un *wishful thinking* che [ha] impedito il formarsi di una previsione dell'evento che altrimenti vi sarebbe ragionevolmente stata»¹⁵.

¹⁴ M. DONINI, *Il dolo*, cit., 44.

¹⁵ D. PULITANO, *Diritto penale*⁴, Torino, 2011, 316.

Sennonché, chiariti i termini della questione rimessa alle Sezioni unite, la sua soluzione – sia consentita la franchezza – ci sembra molto facile.

Il dolo non si può configurare in assenza – quantomeno – di una *rappresentazione concreta* dell'evento descritto dalla norma incriminatrice. Non importa quanto irrazionale, assurda, irragionevole possa apparire agli occhi di un osservatore esterno la convinzione dell'agente che nulla di male si sarebbe potuto verificare: il dolo senza rappresentazione non esiste.

Lo dice la lettera della legge: «il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione»¹⁶. L'evento dev'essere «preveduto» e non «potenzialmente preveduto», o «preveduto da una persona ragionevole».

Lo si può leggere in pressoché ogni manuale di diritto penale: gli elementi strutturali del dolo sono «coefficienti psicologici effettivi»¹⁷; «stati psicologici effettivi»¹⁸; «effettiva rappresentazione e volizione del fatto»¹⁹; «non possono essere meramente potenziali, ma debbono costituire accadimenti reali nella psiche del soggetto»²⁰; il dolo deve «esistere nella realtà psichica dell'autore come un effettivo suo atteggiamento psicologico»²¹; «esso è un'entità psichica reale ed ogni sua presunzione ed impoverimento psichico sono inammissibili»²²; il dolo è «un effettivo, reale atteggiamento psichico»²³; «è costituito da coefficienti psichici reali relativi al fatto»²⁴; «il limite insuperabile del concetto di rappresentazione resta appunto l'effettività e non la semplice potenzialità dello stato soggettivo»²⁵.

Lo riconosce la stessa Corte di Cassazione: «quando [...] il soggetto [...] abbia agito nella convinzione, giusta o sbagliata che sia, che l'evento non si sarebbe comunque verificato, esso non può essere attribuito alla sfera volitiva»²⁶, proprio perché «al fine di accertare la ricorrenza del dolo eventuale o della colpa con previsione dell'evento, non è sufficiente il rilievo che l'evento stesso si presenti come obiettivamente prevedibile, dovendosi avere riguardo alla reale previsione e volizione di esso»²⁷.

Insomma: se «non si può ritenere che Tizio abbia previsto un dato evento solo perché di regola quell'evento era prevedibile da un uomo ragionevole», perché «in questo modo si trasformerebbe il dolo [...] nella colpa»²⁸, a maggior ragione non si può condannare a titolo di dolo eventuale se Tizio si è convinto – seppur irragionevolmente – che l'evento non si sarebbe realizzato²⁹. La ragionevolezza è un parametro di giudizio normativo – ci si chiede che cosa

¹⁶ Così, com'è noto, l'art. 43 del codice penale vigente.

¹⁷ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Bologna, 2010, 356.

¹⁸ D. PULITANÒ, *Diritto*, cit., 311.

¹⁹ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁴, Milano, 2012, 309.

²⁰ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, II, Torino, 2001, 17.

²¹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁵, Torino, 2013, 283.

²² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Padova, 2013, 324.

²³ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*³, Vol. I, Milano, 2004, 448.

²⁴ T. PADOVANI, *Diritto penale*¹⁰, Milano, 2012, 210.

²⁵ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*², Vol. I, Torino, 2012, 483.

²⁶ Alla lettera Cass., Sez. I, 3 agosto 2001, n. 30425, *Lucini*, in *Cass. pen.*, 2003, 6, 1932 ss. con nota di E. SALVO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*.

²⁷ Così Cass., Sez. IV, 25 marzo 2009, n. 13083, *Bodac*, in *Guida dir.*, 2009, 16, 82 ss. con nota di S. BELTRANI, *Condotta da valutare in modo diverso a fronte di eventi sicuramente prevedibili* e in *St. Iuris*, 2009, 10, 1147 ss. con nota di C. CASTALDELLO, *Colpa cosciente e dolo eventuale*; nello stesso senso Cass., Sez. IV, 9 luglio 2009, n. 28231, *Montalbano*, in *Dejure* e Cass., Sez. IV, 27 dicembre 2010, n. 45395, *M.D.*, in *Dejure*. Del resto, anche nell'ambito dei reati omissivi impropri – in cui si sono manifestate più spesso spinte repressive, volte alla semplificazione della prova della rappresentazione nel dolo o addirittura alla equiparazione esplicita tra rappresentazione reale e potenziale – la giurisprudenza più recente sembra ormai ammettere che, quantomeno, «non può esservi equiparazione tra “conoscenza” e “conoscibilità” dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa» (Cass., Sez. V, 19 giugno 2007, n. 23838, *Amato*, in *Guida dir.*, 2007, 53, 71 ss. con nota di R. BRICCHETTI, *Un obbligo di garanzia “leggero” che pone numerosi interrogativi*, nonché in *Cass. pen.*, 2008, 1, 103 ss. con nota di F. CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*; in *Dir. prat. soc.*, 2008, 4, 60 ss. con nota di L.D. CERQUA, *Responsabilità penale degli amministratori privi di delega volutamente inerti*; in *Le soc.*, 2008, 7, 902 ss. con nota di D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*; in *Giur. comm.*, 2009, 3, 446 ss. con nota di E. GARAVAGLIA, *Posizioni di garanzia proprie degli amministratori e obbligo di impedire i reati*). Nello stesso senso, in giurisprudenza: Cass., Sez. V, 2 novembre 2012, n. 42519, *Bonvino* in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2013, con nota di A. INGRASSIA, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, ora in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 2, 173 ss.; Cass., Sez. V, 28 maggio 2013, n. 23000, *B.E.A.*, in *Dejure*; Cass., Sez. V, 29 gennaio 2014, n. 4028, *C.C.M.*, in *Dejure*. Per ulteriori approfondimenti sul punto, sia consentito rinviare a F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 2-3, 317 ss.

²⁸ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 309.

²⁹ Per tutti, con grande chiarezza, D. PULITANÒ, *Diritto*, cit., 316 ss.

avrebbe dovuto prevedere l'agente se fosse stato un uomo ragionevole, e non ciò che effettivamente l'agente ha previsto – ed implica un confronto tra il comportamento dell'agente e quello di un terzo – un uomo ragionevole, *id est*, l'agente modello –, configurando un tipo di rimprovero totalmente differente da quello che configura la responsabilità dolosa³⁰.

A nostro avviso, in definitiva, al quesito posto all'attenzione delle Sezioni unite s'impone una risposta decisamente negativa, a pena di un'espansione incontrollata e incontrollabile del dolo (eventuale) e dell'evaporazione stessa della nozione storica di dolo: una nozione che, se pur certamente bisognosa di molti correttivi e ulteriori approfondimenti, non sembra davvero meritare una fine prematura e – si perdoni, ancora una volta, la franchezza – così poco gloriosa.

Peraltro, come si cercherà di argomentare nel paragrafo successivo, ci pare che gli autentici termini del problema della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, non potendo – per i motivi poc'anzi evidenziati – risiedere nella dicotomia irragionevolezza/ragionevolezza del «convincimento prognostico dell'agente circa la non verifica dell'evento», debbano essere ricercati altrove.

6. I reali termini del problema: il dubbio è sufficiente ad integrare il dolo?

6.1. La ricognizione dello status quo

In un nostro precedente lavoro³¹, avente ad oggetto l'analisi delle sentenze di merito e di legittimità che, negli ultimi vent'anni, si sono pronunciate sul delicato tema della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, avevamo dato conto dell'esistenza di almeno due orientamenti giurisprudenziali parzialmente contrastanti, al di là del formale richiamo – contenuto in pressoché ogni sentenza – all'arcinota formula della accettazione del rischio del verificarsi dell'evento.

³⁰ Per vero, vi è anche chi ha esplicitamente affermato che «nel processo non conta la volontà soggettiva», bensì quella «presunta dell'uomo normale e razionale» e che, pertanto, nel dolo «come sono irrilevanti gli stati d'animo (desiderio, speranza, timore ecc.) così sono irrilevanti le credenze che esorbitano dal patrimonio comune dell'uomo normale, dalla *everyday knowledge*» (F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Crim.*, 2010, 5, 490). «Se diamo spazio alle credenze soggettive nel processo,» – si è avvertito – «la prova del dolo difficilmente supererebbe il ragionevole dubbio! L'imputato può sempre dire che era convinto che – anche se la probabilità era minima – l'evento non si sarebbe verificato. Se la credenza è un fatto puramente interiore e rilevano anche le credenze assurde, come facciamo a smentirlo?» (F.M. IACOVIELLO, *Processo*, cit., 489). Un esempio: «X avvelena Y dandogli dell'arsenico e si difende: "Non immaginavo che tale sostanza avesse un effetto letale!". Sa benissimo che si tratta di arsenico, ma lui non crede alla scienza e crede ad un santone fondatore di una setta, secondo cui l'arsenico è sostanza salvifica» (*ibid.*). L'allegazione, tuttavia, non è sformita di riscontri. X «produce numerose testimonianze di amici e conoscenti (e-mail, pezzi di Facebook e cose varie) che testimoniano questa sua incrollabile credenza»; tuttavia, secondo l'autorevole magistrato che ha espresso la tesi in esame, «può portare tutte le prove che vuole, nessuno gli crederà mai» (*ibid.*): il soggetto dovrà rispondere della morte di Y a titolo di omicidio volontario.

Orbene, proprio quest'ultima tesi – il cui peso è stato forse decisivo nella formulazione del quesito sottoposto all'attenzione delle Sezioni unite – mostra come l'inevitabile intreccio tra il piano dell'accertamento processuale del dolo e quello della sua definizione concettuale possa facilmente svilupparsi fino a formare matasse difficilmente districabili. Non bisogna, infatti, confondere la *credibilità* (o *plausibilità*) della prova del dolo (e della motivazione del giudice sul punto) con la *ragionevolezza* delle convinzioni (effettive) dell'imputato. Sono piani concettualmente distinti, e che tali devono rimanere. Lo dimostra proprio l'esempio della somministrazione dell'arsenico. Se X possiede una credenza incrollabile e totalmente irragionevole riguardo all'innocuità dell'arsenico, per quale motivo dovrebbe essere punito a titolo di dolo? Esattamente come il celebre cacciatore, che – per un errore in cui non sarebbe incorso alcun «cacciatore ragionevole» – spara contro un cespuglio convinto che vi si celi un cinghiale, e attinge invece il caro amico, compagno di caccia da una vita intera, l'agente potrà rispondere soltanto a titolo di colpa, proprio perché, per colpa, non si è rappresentato un elemento costitutivo della fattispecie di omicidio («la morte di un uomo»). Casi «classici» di errore sul fatto che costituisce il reato, entrambi irragionevoli – e proprio per questo, colposi –, che trovano la loro disciplina nell'art. 47 c.p.

Altro problema è la *prova* del dolo (o dell'assenza di dolo) dell'imputato. E' chiaro, che, in questo come in casi analoghi, per escludere il dolo il giudice dovrà persuadersi che X fosse *realmente* convinto dell'innocuità dell'arsenico; e, per farlo, non potrà che valutare gli elementi di prova forniti da X a supporto dell'allegazione difensiva secondo la quale l'imputato non credeva nella potenzialità letale dell'arsenico. Ora: se X non dovesse fornire alcuna prova credibile a riscontro di tale allegazione, non ci sembrerebbe così problematico, per il giudice, smentire la tesi difensiva, e ritenere provato il dolo «oltre ogni ragionevole dubbio». Ma se X, mediante «tutte le prove che vuole» – «numerose testimonianze di amici e conoscenti (e-mail, pezzi di Facebook e cose varie)» –, riesce a dimostrare credibilmente di essere stato effettivamente convinto che l'arsenico fosse una sostanza salvifica, perché dovrebbe essere preclusa al giudice la qualificazione del fatto quale omicidio colposo?

³¹ Cfr. A. AIMI, *Dolo*, cit., 303 ss. ed in particolare 322-323.

a) Secondo un orientamento maggioritario, il dolo eventuale sussiste quando l'agente si è rappresentato un evento non direttamente voluto come possibile conseguenza della propria condotta e ciò nonostante ha agito, così accettando il rischio del verificarsi dell'evento; mentre la colpa cosciente sussiste quando l'agente ha escluso la possibilità di verifica dell'evento, ovvero – secondo locuzioni di significato equivalente – si è rappresentato la realizzazione dell'evento quale mera ipotesi astratta, o ha agito nella ragionevole speranza che l'evento non si sarebbe verificato³².

Secondo questo orientamento, dunque, il dolo eventuale e la colpa cosciente si differenziano già *sul piano rappresentativo*: mentre per il dolo eventuale si richiede la rappresentazione del possibile verificarsi dell'evento, la colpa cosciente è caratterizzata, a ben vedere, dalla mancata rappresentazione dell'evento. Se, infatti, il soggetto – al momento dell'azione – è comunque pervenuto alla convinzione che l'evento non si sarebbe verificato, non si sta rappresentando alcunché, posto che «tanto vale non prevedere un effetto quanto prevedere che un effetto non si verifichi»³³.

Secondo questa giurisprudenza, insomma, nell'art. 61 n. 3 c.p. «nonostante il linguaggio, quella che viene chiamata previsione dell'evento è in realtà previsione che, nel fatto concreto, l'evento non abbia a verificarsi»³⁴ e «ciò che è necessario e sufficiente per ritenere la sussistenza del dolo eventuale è la rappresentazione positiva, nell'agente, anche della sola possibilità positiva del prodursi di un fatto di reato lesivo di un interesse tutelato dal diritto»³⁵. L'accettazione del rischio – vale a dire, l'elemento volitivo del dolo eventuale – è implicita nella decisione di agire nonostante la rappresentazione dell'evento.

In estrema sintesi: secondo questa tesi – che ha ben precise e autorevoli radici dottrinali³⁶ – il dubbio in ordine alla possibile verifica di un evento lesivo è elemento sufficiente ad integrare il dolo (eventuale).

b) Secondo un orientamento minoritario, invece, il dolo eventuale sussiste quando l'agente si è rappresentato un evento non direttamente voluto come possibile conseguenza della propria condotta e ha consapevolmente subordinato l'evento possibile al perseguimento dei propri scopi, così accettando il rischio del verificarsi dell'evento, ovvero quando l'agente, se si fosse rappresentato come certa la verifica dell'evento, avrebbe agito comunque³⁷.

Secondo la tesi accolta dall'orientamento minoritario, in particolare, il dubbio «non esclude il dolo, ma non è sufficiente ad integrarlo», poiché «dall'interpretazione letterale dell'art. 61 co. 1 n. 3 c.p., che fa esplicito riferimento alla realizzazione di un'azione pur in presenza di un fattore ostativo della stessa, si evince che la previsione deve sussistere al momento della condotta e non deve essere sostituita da una non previsione o contro previsione»³⁸.

Per condannare a titolo di dolo eventuale, insomma, non è sufficiente la prova della rappresentazione, da parte dell'agente, dell'evento lesivo causalmente collegato alla propria condotta; è altresì necessario provare che l'imputato abbia svolto un *consapevole bilanciamento*, una *deliberazione* con la quale, dopo aver preventivamente valutato tutti gli interessi in gioco – lo

³² Per i necessari riferimenti giurisprudenziali, sia consentito rinviare ancora a A. AIMI, *Dolo*, cit., 305 ss. note 6 ss. e 322, nota 126. Da ultimo, aderiscono alla teoria maggioritaria Cass., Sez. I, 30 maggio 2013, n. 23517, *Corbo*, in *Dejure*; Cass., Sez. I, 4 giugno 2013, n. 24217, *De Masi*, in *Dejure*.

³³ Con l'usuale chiarezza, G. DELITALA, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, ora in G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 450. Così, esplicitamente, anche G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1, 136; L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 53; ID., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3, 1088, nonché A. PAGLIARO, *Parte generale. Il reato*, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (dir.), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, 94.

³⁴ Così Cass., Sez. V, 11 maggio 2011, n. 18568, *D.D.*, in *Dejure* e Cass., Sez. V, 9 maggio 2012, n. 17210, *I.F.*, cit. *Dejure*.

³⁵ Con queste esatte parole Cass., Sez. I, 30 maggio 2013, n. 31449, *Spaccarotella*, in *Guida dir.*, 2012, 41, 64 ss. con nota di S. BELTRANI, *L'accettazione del rischio insito nell'azione di sparo dimostrata dalle circostanze oggettive dell'accaduto* e in *Giur. it.*, 2013, 3, 645 ss. con nota di S. GRINDATTO, *Appunti in tema di movente a delinquere e dolo eventuale*.

³⁶ M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 790 ss.; ID., *Appunti*, cit., 119 ss.; C.F. GROSSO, voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 7 ss. Nello stesso senso, seppur con qualche differenza tra l'una e l'altra impostazione, anche F. ANTOLISEI-L. CONTI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003, 353; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale. I. Art. 1-84*, III ed., Milano, 2004, 443; T. PADOVANI, *Diritto*, cit., 206-207; F. MANTOVANI, *Diritto*, cit., 372. Il resto della manualistica italiana si colloca, invece, su posizioni di natura sincretistica, spesso espressamente critiche nei confronti dell'elaborazione tradizionale della tesi dell'accettazione del rischio (v., per i necessari riferimenti bibliografici, A. AIMI, *Dolo*, cit., 325, nota 140). Per un panorama della dottrina straniera contemporanea, v. invece M. DONINI, *Il dolo*, cit., 21 ss.

³⁷ Per le necessarie coordinate giurisprudenziali, rinviamo a A. AIMI, *Dolo*, cit., 307 ss., note 22 ss. e 322 nota 127.

³⁸ Così, per tutte, Cass., Sez. I, 15 marzo 2011, n. 10411, *Ignatiuc*, cit. Che il dubbio sia compatibile con la colpa con previsione e che esso perciò non significhi automaticamente dolo eventuale, era stato affermato, pur con riferimento alla diversa fattispecie di ricettazione, già da Cass.,

scopo perseguito e il sacrificio ai beni giuridici altrui – abbia scelto di accettare il verificarsi del fatto, quale *prezzo eventuale* da pagare per il soddisfacimento dei propri *desiderata*.

In questa deliberazione consapevole può essere individuato l'elemento caratterizzante, sul piano volitivo, del dolo eventuale rispetto alla colpa cosciente.

Anche quest'orientamento ha ben precise radici dottrinali³⁹; tuttavia, esso si discosta dalla teoria originaria almeno per un fondamentale aspetto.

La giurisprudenza minoritaria, infatti, nel definire la colpa con previsione continua a richiamare la formula utilizzata dalla giurisprudenza dominante, secondo la quale la colpa cosciente è caratterizzata dal raggiungimento, da parte dell'agente, della convinzione o dalla ragionevole speranza che l'evento non si verificherà; il che, a nostro parere, rappresenta un clamoroso *non sequitur* rispetto all'assunto, espresso dalla stessa giurisprudenza, secondo il quale nella colpa cosciente la previsione dell'evento deve sussistere al momento della condotta e non deve essere stata sostituita da una previsione negativa o una contro-previsione⁴⁰.

6.2. *La riformulazione del quesito...*

A nostro avviso, il quadro giurisprudenziale appena delineato consente di mettere a fuoco il punto nodale della questione relativa alla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente (per come si è manifestata in giurisprudenza).

Ci pare, infatti, che la divergenza sostanziale tra le due concezioni di dolo eventuale e colpa cosciente poc'anzi compendiate risieda precisamente nel diverso significato attribuito allo stato di *dubbio* in ordine alla possibile verifica di un evento: mentre per l'orientamento maggioritario il dubbio è sufficiente ad integrare il dolo, per l'orientamento minoritario lo stato di dubbio in ordine al possibile verificarsi di eventi lesivi in danno di beni giuridici altrui è di per sé compatibile sia con il dolo, sia con la colpa cosciente o con previsione.

Alla base delle due tesi, un'interpretazione contrapposta dell'espressione «nonostante la previsione dell'evento», contenuta nell'art. 61 n. 3 c.p.: l'orientamento maggioritario e tradizionale, infatti, intende la previsione che caratterizza la colpa cosciente come una *previsione negativa* dell'evento; una previsione, cioè, che è stata al momento del fatto superata da una contro-previsione, dalla convinzione certa o altamente probabile che l'evento non si verificherà. Per l'orientamento minoritario, invece, la «previsione» di cui all'art. 61 n. 3 c.p. «deve sussistere al momento della condotta e non deve essere sostituita da una non previsione o contro-previsione»; è una *previsione effettiva*, in tutto e per tutto identica a quella che costituisce l'elemento rappresentativo del dolo eventuale.

Il resto, per così dire, viene da sé: quando si affermi – in linea con la teoria maggioritaria – che la colpa cosciente si caratterizza, al momento del fatto, per la convinzione che l'evento non si verificherà – e cioè, per l'assenza di rappresentazione – allora sarà gioco forza ricondurre il dolo eventuale alla mera previsione dell'evento come possibile, e condannare a titolo di dolo eventuale ogni qual volta sia provata la sussistenza della sola rappresentazione dell'evento o, comunque, si sia escluso che l'agente potesse essere pervenuto alla convinzione che l'evento non si sarebbe verificato.

Se, invece, si ritiene – in accordo con la giurisprudenza minoritaria – che la sola rappresentazione della possibilità del verificarsi di un illecito penale non basti a muovere un rimprovero

Sez. Un., 30 marzo 2010, n. 12433, *Nocera*, in *Cass. Pen.*, 2010, 7-8, 2555 ss. con nota di M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*. Sul punto v. anche ID., *Il dolo*, cit., 31 ss.

³⁹ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 24 ss. Ritiene che il dolo eventuale presupponga che «il determinarsi dell'evento non voluto» venga «accettato quale prezzo di un certo obiettivo», ponendo tuttavia l'accento soprattutto sull'utilizzo della c.d. prima formula di Frank anche L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, II, 979 ss., nonché, similmente ma con significative precisazioni, ID., *Il dolo*, cit., 178 ss. Ritiene la teoria di Prosdocimi «condivisibile» anche G.P. DEMURO, *Il dolo. II. L'accertamento*, Milano, 2010, 90 e 143. Da ultimo, afferma che, per l'iscrizione di un risultato lesivo a titolo di dolo eventuale, sia necessario dimostrare che il soggetto abbia svolto una «scelta [...] ponderata, [...] accettando pienamente il prezzo del verificarsi dell'offesa» anche M. DONINI, *Il dolo*, cit., 56 ss. ed in particolare 59.

⁴⁰ Non si può approfondire adeguatamente il tema in questa sede, se non a costo di appesantire ulteriormente la trattazione. A riguardo, sia consentito l'ennesimo rinvio a A. AIMI, *Dolo*, cit., 343-344.

a titolo di dolo, naturalmente emerge la necessità di trovare un criterio distintivo tra dolo eventuale e colpa cosciente che si collochi sul diverso piano della volizione: e in ciò soccorre l'idea del *consapevole bilanciamento*, della vera e propria valutazione comparata tra i beni e gli interessi in gioco, effettuata dall'imputato e conclusasi con la scelta di sacrificare ciò che è di altri sull'altare dei propri scopi.

6.3. *...e una possibile risposta*

Orbene, una volta chiariti quelli che riteniamo essere i reali termini del problema, rispettosamente ribadiamo l'opinione che avevamo a suo tempo accolta⁴¹; ovvero che la teoria preferibile sia quella minoritaria, che ricostruisce il dolo eventuale come risultato di un bilanciamento, e ciò per le ragioni che qui sinteticamente cercheremo di riassumere.

In primo luogo, condividiamo l'osservazione secondo la quale l'espressione «nonostante la previsione dell'evento» di cui all'art. 61 n. 3 sottolinei «efficacemente il permanere di un fattore-ostacolo che dovrebbe frapporsi alla condotta»⁴², e dunque non possa che significare che «detta previsione deve sussistere al momento della condotta, e non deve essere stata sostituita da una non-previsione o contro-previsione, come quella implicita nella rimozione del dubbio»⁴³. E ciò anche perché, ad intendere la previsione in parola come una previsione negativa dell'evento – in accordo con la teoria maggioritaria – l'aggravamento di pena determinato dall'applicazione della circostanza di cui all'art. 61 n. 3 c.p. «risulterebbe sostanzialmente inspiegabile»⁴⁴: per quale motivo, infatti, «il puro fatto psicologico della previsione dell'evento» in un momento antecedente a quello della decisione di agire dovrebbe implicare un aggravamento di pena? Da un lato, tale previsione potrebbe dipendere soltanto «da un dato [...] caratteriale: vi sono persone [...] portate con particolare frequenza e facilità a prefigurarsi i possibili sbocchi negativi della propria condotta»⁴⁵, e per ciò solo non sembrano meritare una punizione più grave; dall'altro, non sembra coerente un sistema che punisce più severamente chi ha riflettuto sulle possibili conseguenze delle proprie azioni – seppur pervenendo infine all'erronea convinzione che nulla di male si sarebbe potuto verificare – rispetto a chi nemmeno si è mai posto il problema⁴⁶.

In secondo luogo, ci pare che la teoria attualmente dominante in giurisprudenza finisca per negare anche la consolidata tradizione dogmatica italiana – ormai cristallizzata nell'art. 43 c.p. –, che ravvisa nel dolo due diversi elementi strutturali: rappresentazione e, soprattutto, volizione. Se, infatti, si afferma che, al momento della condotta, la colpa cosciente si caratterizza per l'assenza della rappresentazione dell'evento; se, ancora, si prescinde sistematicamente dalla prova della sussistenza dell'elemento volitivo del dolo eventuale, perché lo si ritiene implicito nella stessa decisione di agire «nonostante la previsione dell'evento»; ne consegue inevitabilmente che l'avvenuta accettazione del rischio – vale a dire, quel *quid pluris* in cui si dovrebbe poter rintracciare l'elemento volitivo del dolo eventuale – rappresenta, in realtà, una mera convenzione stilistica, e che la volizione, nella teoria dominante, è ridotta a densità «omeopatiche».

Ma non solo. Se non dovesse bastare «una difesa sul solo piano della legalità formale», è alla moralità «di principi di garanzia e di proporzione, che trovano traduzione giuridica nel principio di colpevolezza come diritto di protezione» e al «principio d'uguaglianza» che bisogna guardare: «tutte le forme di dolo debbono incorporare un *disvalore qualitativamente accostabile alla forma base*, ravvisabile nel dolo intenzionale: tutte le forme di dolo debbono in-

⁴¹ Cfr. A. AIMI, *Dolo*, cit., 327 ss.

⁴² S. PROSDOCIMI, *Dolus*, cit., 28..

⁴³ S. PROSDOCIMI, *Dolus*, cit., 25. Così anche G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione «separata» dei tipi criminali*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, II, 893 e F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza recente*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 122, ora anche in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014. Espressamente nel senso secondo cui la previsione che caratterizza la colpa cosciente debba essere una vera e propria «previsione», concreta e sussistente al momento del fatto, anche L. EUSEBI, *Appunti sul confine*, cit., 1088; e A. PAGLIARO, *Parte generale*, cit., 92.

⁴⁴ S. PROSDOCIMI, *Dolus*, cit., 26.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, 1969, 849 ss. Afferma che «l'elemento negativo della previsione che l'evento non accadrà, pur distinguendo la colpa cosciente dal dolo, non sembra idoneo a porre adeguatamente in risalto l'autonomia della colpa cosciente rispetto a quella incosciente sotto il profilo della maggior gravità della prima» anche G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale*, cit., 138-139.

corporare una conoscenza sufficientemente definita del fatto delittuoso»⁴⁷ e – ci permettiamo di aggiungere – un elemento volitivo il più possibile vicino all'«idea di volontà appartenente al senso ed al linguaggio comune»⁴⁸.

Occorre chiedersi, insomma, se la teoria maggioritaria, imponendo di punire con lo stesso quadro edittale – da 21 a 24 anni di reclusione – sia il *killer* di mafia, prezzolato per uccidere, sia chi, pur non avendo di mira la morte di uomo, agisca rappresentandosi la mera possibilità di cagionarne la morte, possa dirsi realmente conforme alla «razionalità interna» e alla «moralità del diritto penale»⁴⁹.

Occorre chiedersi se il concetto di dolo eventuale delineato dalla teoria maggioritaria – un'accettazione del rischio implicita nella stessa decisione di agire senza aver raggiunto la certezza che l'evento non si verificherà – possa davvero accompagnarsi, all'interno della stessa forma di colpevolezza, al dolo intenzionale e al dolo diretto, senza fare violenza alla coerenza «interna» del sistema del diritto penale.

E ancora: occorre chiedersi, posto che «i requisiti delle diverse forme di colpevolezza hanno radice in categorie pregiuridiche attinenti alla valutazione morale delle attività dell'uomo»⁵⁰, e cioè in «valutazioni che affondano le radici negli orientamenti assiologici collettivi circa il diverso significato giuridico-sociale del rimprovero per dolo e del rimprovero per colpa»⁵¹, se il concetto di volizione che caratterizza il dolo eventuale, di per sé già assai distante dal senso comune, possa essere ulteriormente impoverito fino a liquefarsi nella mera previsione dell'evento come possibile.

Siamo debitori di quest'esempio – come di molto altro – verso le lezioni di diritto penale, che abbiamo ricevuto ai tempi della nostra prima formazione universitaria.

Chi fuma tabacco è perfettamente consapevole dei rischi – drammaticamente concreti, anche se non immediati – cui il fumo lo espone. Non può escludere in nessun modo, con certezza o alta probabilità, di evitare di contrarre una delle numerose patologie mortali connesse al consumo di tabacco. Orbene, se il malaugurato fumatore dovesse effettivamente ammalarsi e morire, si potrebbe per ciò solo attribuirgli una volontà suicidaria? Si potrebbe realmente dire che, per il solo fatto che questi era stato consapevole dei rischi connessi al consumo di tabacco, egli abbia voluto la propria morte? Si potrebbe affermare, senza forzare il senso comune, che il fumatore abbia voluto morire, come vuole chi persegue direttamente l'evento – come chi, allo scopo di uccidersi, si lancia sotto un treno in corsa?

A nostro avviso, la risposta non può che essere negativa: la teoria che risolve il dolo eventuale nella mera previsione dell'evento come possibile non può essere condivisa.

La teoria di bilanciamento, invece, opponendosi all'idea secondo la quale il dubbio in ordine alla possibile verifica di un evento sarebbe sufficiente per radicare un rimprovero doloso, ci pare riesca nel difficile compito di individuare l'elemento di discriminazione tra dolo eventuale e colpa cosciente sul piano della volizione, piuttosto che su quello della rappresentazione, e cioè sul piano prioritario che dovrebbe distinguere il dolo dalla colpa.

D'altra parte, poi, individuato il substrato comune dell'imputazione dolosa nell'idea di *decisione a favore della possibile lesione del bene giuridico*, e riconosciuto come la giustificazione della maggiore punizione connessa alla realizzazione dolosa di un fatto di reato – rispetto alla sua commissione involontaria – risieda, oltretutto nel «senso comune»⁵², nel fatto che «il reo doloso viola non solo il bene giuridico» ma «al contempo la norma che gli prescrive di rispettare il bene giuridico»⁵³, ci sembra che soltanto l'idea di una decisione di agire presa a seguito di una calcolata ponderazione, di un consapevole bilanciamento – e cioè l'idea attorno alla quale la teoria minoritaria ricostruisce l'elemento volitivo del dolo eventuale –, possa portare ad un decisivo passo in avanti nell'opera di riavvicinamento del disvalore tipico del dolo eventuale a quello delle altre forme del dolo.

Ben più serio, e simile a quello derivante dalla commissione di fatti di reato con dolo inten-

⁴⁷ D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 53.

⁴⁸ S. PROSDOCIMI, *Dolus*, cit., 23.

⁴⁹ D. PULITANÒ, *I confini*, cit., 54.

⁵⁰ D. PULITANÒ, *I confini*, cit., 25.

⁵¹ G. FIANDACA, *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *Corte ass.*, 2011, 1, 89.

⁵² Così, per tutti, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 292.

⁵³ W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, 3, 489. Così anche D. PULITANÒ, *Diritto*, cit., 302; T. PADOVANI, *Diritto*, cit., 200.

zionale o diretto, il pericolo per i beni giuridici proveniente da chi *consapevolmente e ponderatamente* impronta la propria condotta al raggiungimento di uno scopo desiderato, anche a costo di sacrificare beni giuridici tutelati dall'ordinamento, rispetto al pericolo originato da chi, pur avendo previsto l'evento, agisce... e basta, «senz'altro fine che non fosse quello potenzialmente insito nel concetto di imprudenza»⁵⁴.

Soltanto nel primo caso, infatti, l'agente appare disposto a negare la stessa norma che prescrive di tutelare i beni giuridici, così realizzando quell'«inversione normativa» che caratterizza il reato doloso rispetto a quello colposo, e che richiede, ai fini del reinserimento sociale dell'autore, il rovesciamento del suo «rapporto [...] rispetto alle norme»⁵⁵.

Quando, invece, il reo abbia agito senza uno scopo particolare, per sola grave imprudenza – senza avere, in altri termini, consapevolmente scelto di sacrificare i beni giuridici altrui per raggiungere i propri *desiderata* –, l'ordinamento gli potrà, tutt'al più, richiedere di sviluppare «un'accresciuta attenzione o precauzione verso i pericoli»⁵⁶ – la stessa richiesta che si rivolge ad un qualunque altro reo colposo – e non certo di rivedere il proprio atteggiamento rispetto alla norma che prescrive il rispetto dei beni giuridici, che il medesimo non sembra, in realtà, aver mai messo realmente in discussione.

6.4.

La prova del dolo eventuale nell'ottica della teoria del bilanciamento

La teoria del bilanciamento, tuttavia, può realmente superare il banco di prova del processo penale? Si può davvero dimostrare processualmente l'elemento volitivo del dolo eventuale, nell'ottica della teoria in esame?

Innanzitutto, quanto alla prova della rappresentazione, ci pare che, nell'ottica della teoria del bilanciamento, non si pongano problemi diversi rispetto a quelli posti dalla teoria maggioritaria. La prova dell'avvenuta rappresentazione dell'evento come possibile, infatti, rimane in ogni caso una prova centrale e indefettibile, sol che si voglia anche soltanto ipotizzare un'imputazione di un evento a titolo di dolo.

E', invece, ai fini della prova dell'elemento volitivo del dolo eventuale – della prova, cioè, dell'avvenuta opzione, con la quale l'agente consapevolmente sceglie di perseguire uno scopo determinato a costo del sacrificio eventuale di beni giuridici altrui –, che assume, a nostro avviso, importanza dirimente l'esame di un elemento del tutto trascurato dalla teoria maggioritaria: lo *scopo* perseguito dall'agente, ed in particolare il *rapporto sussistente tra tale scopo e l'evento rappresentato come possibile*⁵⁷.

In altri termini, si rende necessario valutare in concreto, dal punto di vista dell'imputato, l'efficacia motivante assunta dai suoi *desiderata*, in rapporto alle conseguenze connesse alla realizzazione dell'evento lesivo e chiedersi, sulla base di massime di esperienza di senso comune psicologico, se l'agente abbia consapevolmente optato per il perseguimento dei propri scopi anche a costo della lesione di beni giuridici altrui, o se, viceversa, il rischio di realizzazione dell'evento sia stato da questi accettato per sola negligenza, imprudenza o imperizia.

La costruzione e l'impiego di tali massime d'esperienza, tuttavia, presuppone la condivisione di un'ipotesi; vale a dire, che anche di volontà reale si possa ragionare in termini generalizzanti, perché, normalmente, anche le decisioni umane possono essere ricondotte ad una sorta di direttrice di massima, un principio guida comune – che avevamo battezzato «principio di razionalità elementare» –, secondo il quale le scelte di ciascuno sono, in linea di massima, orientate all'ottenimento del massimo risultato sperato, con il minimo sacrificio, certo o po-

⁵⁴ S. PROSDOCIMI, *Dolus*, cit., 37.

⁵⁵ W. HASSEMER, *Caratteristiche*, cit., 490.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ In questo senso, ma con significative differenze, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 141 ss. Secondo l'Autore, in particolare, «il coefficiente psicologico può ricondursi al dolo eventuale o alla colpa cosciente in base sia ad una valutazione del valore intrinseco dell'obiettivo finalisticamente perseguito dal soggetto agente, sia ad una valutazione comparativa ed in termini di proporzione tra quell'obiettivo e la conseguenza collaterale il rischio del cui verificarsi è intenzionalmente accettato». Da ultimo, invece, la nostra tesi sembra aver ricevuto l'autorevole avallo di M. DONINI, *Il dolo*, cit., 51 ss., il quale afferma che nel dolo eventuale «è indispensabile scendere a un'analisi della motivazione del soggetto [...] per comprendere la decisione contro la salvezza del bene giuridico»; decisione che, a sua volta, si identifica in un'accettazione «ponderata» del «prezzo del verificarsi dell'offesa» (M. DONINI, *op. cit.*, 59.).

tenziale, dei propri interessi.

Con ciò intendiamo fare riferimento, naturalmente, non al persistente operare, nell'ambito delle decisioni umane, di una vera e propria razionalità riflessiva – intesa come capacità di trarre inferenze logiche – a cui non tutti, e comunque, non sempre, fanno appello; bensì ad una sorta di razionalità minima, che si identifica con la capacità di valutare, a livello elementare (e magari, erroneamente) il rapporto tra costi e benefici sperati connessi alle proprie condotte, e di orientare, in base a tale rapporto, queste ultime.

Sulla base di tale postulato, avevamo enucleato, nel nostro contributo già citato, alcuni criteri guida e massime esperienziali, a nostro avviso utilizzabili ai fini della prova della sussistenza (o dell'insussistenza) dell'elemento volitivo del dolo eventuale, che di seguito sinteticamente riportiamo⁵⁸.

a) Primo e fondamentale passaggio consisterà nella verifica della sussistenza di un *obiettivo finalistico*, al cui raggiungimento l'imputato abbia orientato la propria condotta e che, specularmente, l'abbia motivato a compierla.

Lo scopo dovrà essere puntualmente *rintracciato ed evidenziato in motivazione*, e la sua mancata allegazione e prova nel processo precluderà logicamente anche solo di ipotizzare che l'imputato abbia svolto un bilanciamento tra lo scopo desiderato e il sacrificio eventuale di beni giuridici altrui, proprio in ragione dell'assenza di uno dei termini del bilanciamento stesso.

La mancata indicazione dello scopo perseguito dall'imputato, dunque, implicherà necessariamente l'impossibilità di ravvisare l'elemento volitivo del dolo eventuale, con conseguente imputazione del fatto a titolo di colpa cosciente.

Se X, ubriaco, imbocca l'autostrada contromano in orario notturno, scontrandosi frontalmente con un veicolo che procede nella corretta direzione di marcia e cagionando la morte di Y, K e Z occupanti del veicolo antagonista, X non potrà essere ritenuto responsabile a titolo di omicidio volontario, commesso con dolo eventuale, senza la puntuale indicazione dello scopo che egli intendeva perseguire ponendo in essere la sciagurata condotta stradale; risulterebbe, infatti, con tutta evidenza illogico affermare che X fosse disposto a pagare il prezzo eventuale rappresentato dalla morte delle vittime di un incidente, senza precisamente indicare lo scopo che l'avrebbe motivato al compimento di una così tremenda scelta criminale⁵⁹.

b) Una volta individuato lo scopo perseguito dall'agente, sarà necessario valutare, da un triplice punto di vista, il suo *rapporto con l'evento lesivo rappresentato come possibile*, al fine di verificare, sulla base di massime di esperienza di senso comune psicologico, se possa essere credibilmente sostenuto che l'agente abbia svolto un consapevole bilanciamento, accettando quale prezzo eventuale il realizzarsi dell'evento previsto.

In primo luogo, dovranno essere comparati i *costi eventualmente connessi alla condotta* – il sacrificio di beni giuridici altrui – e i *benefici connessi al conseguimento dell'obiettivo desiderato*; e il dolo eventuale dovrà essere normalmente escluso qualora tra costi e benefici non sussista quel *rapporto di (relativa) proporzione* che, a nostro avviso, costituisce il primo indice del fatto che l'imputato abbia svolto quel consapevole bilanciamento che radica il dolo eventuale. Tendenzialmente, infatti, l'agire umano ragionato e consapevole si caratterizza per la comparabilità tra scopi perseguiti e costi che si è disposti a pagare per il raggiungimento di tali scopi; piuttosto infrequente, infatti, che chi abbia consapevolmente preso in esame costi e benefici connessi alla realizzazione di una determinata condotta, accetti rischi di rilevante gravità per ottenere benefici assai modesti o praticamente assenti.

Naturalmente, non essendo il dolo un concetto normativo, la generalizzazione appena descritta potrà essere anche inficiata, qualora, facendo riferimento a specifiche circostanze di

⁵⁸ Cfr. A. AIMI, *Dolo*, cit., 334 ss. In senso conforme, con una differenza «di forma, piuttosto che di contenuto» anche G. GENTILE, «Se io avessi previsto tutto questo...», in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, 40 ss., il quale, pur condividendo nella sostanza le nostre conclusioni, interpreta i criteri guida e le massime d'esperienza di cui *infra* nel testo «quali criteri del giudizio prognostico richiesto dalla prima formula» di Frank (G. GENTILE, *op. cit.*, 41, nota 263).

⁵⁹ In un caso analogo, in sede di primo grado cautelare, è stato riconosciuto il dolo eventuale, senza che fosse stato in alcun modo chiarito quale fosse lo scopo perseguito dall'imputato: cfr. Trib. Alessandria, 17 agosto 2011, *Beti*, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2011 e in *Corr. mer.*, 2011, 12, 1199 ss. con nota di A. AIMI, *Incidente contromano in autostrada: è dolo eventuale?*

fatto, si possa dimostrare come, nella scala dei valori e delle preferenze dell'agente concreto, lo stesso abbia svolto un consapevole bilanciamento, nonostante l'oggettiva sproporzione tra costi e benefici connessi alla condotta. L'abbandono di tale massima d'esperienza, tuttavia, dovrà essere puntualmente motivato, nel senso che, per affermare la sussistenza del dolo eventuale nonostante la sproporzione tra costi e benefici, a nostro avviso, il giudice dovrà specificamente indicare le circostanze di fatto che consentono di dimostrare che il soggetto – completamente avulso dal normale sentire sociale e privo di una benché minima razionalità – sia stato realmente disposto “a tutto”; anche ad accettare la possibilità di cagionare danni gravi in vista del conseguimento di benefici assai modesti o sostanzialmente assenti⁶⁰.

Se X, ubriaco, spara per scherzo all'interno di un locale chiuso, senza mirare a nessuno dei suoi commensali, e la pallottola, di rimbalzo, attinge sua figlia Y, uccidendola, l'evidente sproporzione sussistente tra lo scopo perseguito da X – il «proprio divertimento»⁶¹ – e l'evento lesivo rappresentato da X come possibile conseguenza della propria condotta – la morte di uno dei presenti – costituisce, a nostro avviso, un indice rilevante di insussistenza del dolo eventuale; la prova della sussistenza di un consapevole bilanciamento, infatti, in un caso del genere, richiederebbe l'indicazione di specifiche circostanze dimostrative del fatto che, per X, la soddisfazione derivante da uno scherzo pericoloso rappresentava un beneficio comparabile rispetto alla morte di uno dei presenti; prova tanto più difficile quanto più si consideri che, nell'insieme delle potenziali vittime del colpo di arma da fuoco, rientrava la stessa Y, figlia dell'imputato.

E ancora: se la ventenne Z, nel corso dei festeggiamenti per la notte di Capodanno, al fine di «dimostrare a sé stessa e agli altri [...] la propria sprezzante spavalderia di novella protagonista di un *western* metropolitano, in sella ad un ciclomotore come ad un cavallo»⁶², esplode un colpo di pistola in aria, colpendo mortalmente una persona affacciata ad un balcone, non si potrà che dubitare dell'effettivo svolgimento, da parte di Z, di un consapevole bilanciamento; verosimilmente, infatti – e sempre salva la precisa indicazione di circostanze di fatto di segno contrario – nessuno avrebbe consapevolmente accettato di cagionare la morte di un essere umano, per ottenere un beneficio così proporzionalmente modesto quale l'ottenimento di “prestigio sociale” in quello che non ci sembra altro che un fantasioso “spaghetti-*western*”.

Il discorso cambia, invece, se K, al fine di vendicarsi della ex compagna che aveva deciso di troncargli la loro relazione, dà fuoco al letto matrimoniale e apre i rubinetti del gas dell'appartamento di lei, cagionando un disastroso incendio nel quale trovano la morte P e Q, ignari coinquilini dello stesso stabile. K, infatti, dava «dimostrazione di non tollerare frustrazioni, abbandoni e ferite sulla sua persona»⁶³ tanto che, per lui, la fine della sua relazione sentimentale rappresentava una vera e propria catastrofe esistenziale: per K, insomma, il fine di vendicarsi contro chi – nel suo modo di vedere – gli aveva rovinato la vita poteva ben rappresentare uno scopo del valore comparabile rispetto al costo rappresentato dal mettere a repentaglio la vita e l'incolumità di altre persone.

c) Qualora, poi, il rapporto tra benefici e costi connessi alla realizzazione della condotta dovesse ritenersi di tendenziale proporzione, nel senso poc'anzi specificato, occorrerà verificare la sussistenza o meno di un *rapporto di alternatività* tra scopo perseguito dall'agente ed evento previsto come possibile; dovrà accertarsi, cioè, se la realizzazione dell'evento si sarebbe o meno posta in contraddizione con lo scopo perseguito dall'agente, e il dolo eventuale dovrà essere tendenzialmente escluso ogniqualevolta il piano dell'agente sarebbe fallito – pregiudicando il raggiungimento dello scopo desiderato – col verificarsi dell'evento previsto come possibile.

Ciò in ragione della massima di esperienza secondo la quale, normalmente, chi agisce ponendo coscientemente in relazione i rischi e i benefici derivanti da una certa condotta, rinuncia all'azione quando le conseguenze della stessa potrebbero pregiudicare il raggiungimento del risultato preso di mira. Pertanto, chi agisce nonostante il rischio del fallimento irrimediabile del proprio piano, non ha presumibilmente preso una decisione frutto di un bilanciamento consapevole, ma, al contrario, ha agito sulla scorta di un mix di impulsività e

⁶⁰ Non ignoriamo che la possibilità di utilizzare il criterio della proporzione tra rischi assunti e benefici perseguiti sia stata radicalmente negata da parte della dottrina. Per una risposta a tale obiezione, sia consentito, ancora una volta rinviare ad A. Aimi, *Dolo*, cit., 335, nota 182.

⁶¹ Cass., Sez. I, 26 febbraio 1998, n. 5969, *Held*, in *Dejure*.

⁶² Cass., Sez. I, 9 luglio 2012, n. 26871, *T.E.*, in *Dejure*.

⁶³ Ass. La Spezia, 31 luglio 2012, n. 1, *A.M.*, in *Dejure*.

inadeguata valutazione della situazione di fatto tipica dell'agire colposo.

La stesso risultato si ottiene tramite un'applicazione rigorosa della c.d. *prima formula di Frank* che, a nostro avviso, può essere interpretata come espressiva della stessa massima d'esperienza poc'anzi indicata: quando la verifica dell'evento avrebbe necessariamente implicato la sostanziale vanificazione dello scopo perseguito, infatti, l'agente si sarebbe con tutta probabilità astenuto dall'agire, se si fosse rappresentato come certo il possibile verificarsi dell'evento – e, con esso l'esito sfavorevole del suo piano⁶⁴.

Sennonché, anche questa massima d'esperienza non ha – e necessariamente non può avere – valore assoluto; potrà, pertanto, essere disattesa qualora per l'agente concreto la realizzazione dell'obiettivo assuma una tale importanza da spingerlo a porre in essere una condotta che, pur diretta a conseguire l'obiettivo stesso, rechi contemporaneamente il rischio di vanificarlo del tutto.

Se R, sieropositivo, intrattiene per anni rapporti non protetti con L, sua moglie, tacendo la propria condizione di sieropositività – al fine di non pregiudicare la continuazione della propria relazione di coppia – e ne cagiona infine la morte, sarà lecito dubitare della sussistenza del dolo eventuale⁶⁵; se, infatti, il fine perseguito da R è quello di continuare la propria relazione coniugale, difficilmente questi avrebbe potuto mettere in conto ed accettare la morte di L, posto che il verificarsi del decesso avrebbe pregiudicato la stessa possibilità di continuare proprio il rapporto di coppia.

Se X, a bordo di un veicolo rubato, per sfuggire ad un controllo di polizia, intraprende una pericolosa corsa nel centro di Roma, che si conclude con un disastroso incidente nel quale trova la morte Y, e si procurano lesioni gravi K e Z, difficilmente potrà sostenersi che X abbia consapevolmente accettato di cagionare un incidente del tipo di quello verificatosi e, dunque, la sua responsabilità a titolo di dolo eventuale⁶⁶. Infatti, anche a tacere dell'evidente sproporzione tra costi eventuali di un incidente ed i benefici ottenibili dall'imputato mediante la fuga – evitare, tutt'al più, una condanna per ricettazione o per furto –, un incidente avrebbe – come, del resto ha – interrotto la stessa riuscita della fuga, frustrando così lo stesso piano dell'agente.

Si pensi, invece, all'ipotetico caso in cui X avesse posto in essere la medesima condotta, non per sottrarsi a una – tutto sommato – lieve condanna per ricettazione o per furto, bensì per sfuggire dal luogo di una rapina conclusasi tragicamente con la morte di M e N, due guardie giurate. In questo caso, ben potrebbe sostenersi che non solo lo scopo perseguito dall'agente – evitare di trascorrere tutta la sua vita in carcere – sarebbe stato per lui un beneficio comparabile rispetto alla morte di un conducente di un veicolo antagonista, ma anche che, pur di sfuggire alla cattura, X sarebbe stato disposto a mettere in conto anche il possibile fallimento del suo piano. Del resto, ci pare del tutto ragionevole ritenere che, anche per un incallito rapinatore, una condanna all'ergastolo avrebbe rappresentato una vera e propria catastrofe esistenziale, per evitare la quale, dal suo punto di vista, sarebbe forse valsa la pena di tentare “il tutto e per tutto”.

d) Infine, terzo ed ultimo indice probatorio che ci pare decisivo ai fini dell'imputazione a titolo di dolo eventuale o colpa cosciente di un evento, nell'ottica della teoria del bilanciamento, è rappresentato dall'*assenza di conseguenze pregiudizievoli per l'agente* – diverse dal fallimento del suo piano – *immediatamente connesse alla realizzazione dell'evento lesivo previsto come possibile*. Normalmente, infatti, non potrà affermarsi che abbia agito a seguito di un consapevole bilanciamento chi abbia posto in essere una condotta che abbia posto in pericolo non solo beni giuridici altrui, ma anche beni o interessi appartenenti allo stesso agente; e ciò in ragione della «normale prevalenza dell'istinto di autoconservazione rispetto ad ogni altro controinteresse»⁶⁷.

⁶⁴ Per una replica alle obiezioni solitamente mosse all'impiego della formula di Frank, v. A. AIMI, *Dolo*, cit., 338, nota 195. Tenzialmente favorevoli all'utilizzo della formula di Frank, invece, F. PALAZZO, *Corso*, cit., 310 ss.; L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 185 ss.; ID., *Appunti*, cit., 1090 nt. 106; ID., *La prevenzione*, cit., 980 ss.; F. VIGANÒ, *Il dolo*, cit., 123 ss.; M. DONINI, *Il dolo*, cit., 48 ss.; D. PULITANO, *Diritto*, cit., 318 ss. (anche se cfr. ID., *I confini*, cit., 45, nota 58); A. PAGLIARO, *Parte generale*, cit., 97 ss.

⁶⁵ E invece cfr. Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, *Lucini*, in *Foro it.*, 2000, II, 348 ss., con nota di E. NICOSIA, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso* e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, I, 299 ss. con nota di K. SUMMERER, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids-carrier*.

⁶⁶ In questo opposto, invece Cass, Sez. I, 15 marzo 2011, n. 10411, *Ignatiuc*, cit. e Cass., Sez. V, 7 novembre 2012, n. 42973, *Ignatiuc*, in *Dejure*.

⁶⁷ F. VIGANÒ, *“Fuga spericolata” in autostrada e incidente con esito letale: un'ipotesi di dolo eventuale?*, in *Corr. Mer.*, 2005, I, 75. Anche la portata euristica di questa massima è contestata. Per le nostre repliche, v. A. AIMI, *Dolo*, cit., 342, nota 205.

Qualora l'agente abbia posto in essere una condotta potenzialmente in grado di ledere anche i propri interessi, pertanto, per poter affermare la sussistenza del dolo eventuale si dovranno «individuare indicatori riferibili alla specifica personalità dell'imputato, o alla specifica situazione in cui si trovava l'imputato al momento del fatto, in grado di smentire nel caso concreto»⁶⁸ la massima d'esperienza secondo la quale porre in essere una condotta potenzialmente autolesiva è normalmente indice di una decisione nient'affatto consapevole e, dunque, dell'assenza di quel bilanciamento che radica il dolo eventuale.

Se X, dopo un furioso litigio con la propria fidanzata, al fine di spaventarla «e di imporsi su di lei», inizia una folle corsa in automobile nel centro di Roma, «bruciando» diversi semafori rossi e finendo per travolgere un ciclomotore e cagionare la morte del guidatore Y e della passeggera Z, non potrà che rilevarsi la difficile sostenibilità di «una comprovata accettazione del rischio concreto di causazione dell'evento [...] in un contesto in cui [...] dovrebbe ritenersi accettato anche il concomitante rischio di eventi lesivi in danno dello stesso imputato, per le possibili conseguenze che [...] un sinistro stradale, che avrebbe potuto coinvolgere mezzi ben diversi da uno scooter, poteva determinare [...] allo stesso conducente del mezzo»⁶⁹.

In caso siffatto, o in casi analoghi, per affermare la sussistenza del dolo eventuale, nell'ottica della teoria del bilanciamento, occorrerà la prova del fatto che l'imputato avesse preferito addirittura la prospettiva della lesione importante di suoi beni o interessi a quella del mancato raggiungimento dell'obiettivo perseguito; dovrà trattarsi, pertanto, analogamente agli indici già presi in considerazione, di un obiettivo dotato, nella prospettiva dell'agente concreto, di un'efficacia motivante particolarmente significativa e non comune.

e) Tirando le somme: la prova dell'elemento volitivo del dolo eventuale, nell'ottica della teoria del bilanciamento, non può che restare assolutamente libera; tuttavia, a nostro avviso, per rimanere ancorata a criteri di controllabilità, dovrà tenere conto di alcune contropunte psicologiche che, in una valutazione comparata di interessi come quella che fonda la sussistenza del dolo eventuale, normalmente portano all'inazione:

- i) *la sproporzione tra costi e benefici della condotta* (v. *supra* lett. b);
- ii) *il rischio di vanificare lo scopo dell'azione* (v. *supra* lett. c);
- iii) *il rischio di pregiudicare in maniera rilevante i propri beni giuridici* (v. *supra* lett. d);

e, pertanto, qualora risulti che il soggetto si sia determinato ad agire nonostante tali circostanze, la sua decisione di agire non potrà normalmente essere ricondotta ad un bilanciamento consapevole, proprio perché, verosimilmente, se il soggetto avesse realmente compiuto una valutazione comparata di interessi, non avrebbe agito.

La sussistenza degli indici poc'anzi individuati, in definitiva, pone altrettanti oneri motivazionali all'organo giudicante; il quale, se volesse affermare che, nonostante la sproporzione tra costi e benefici, il rischio di vanificare lo scopo perseguito e/o il rischio di danneggiare anche i propri interessi, il soggetto agente versava comunque in dolo eventuale, dovrà credibilmente spiegare perché, nonostante tutto, nel caso concreto, l'azione compiuta dall'agente fosse il frutto di una decisione consapevole.

E tale spiegazione non potrà che fondarsi, nella generalità dei casi, sulla speciale efficacia motivante posseduta, per l'agente, dal risultato desiderato.

7.

Conclusioni. ThyssenKrupp: dolo eventuale o colpa (cosciente)?

Giunti a questo punto, è possibile provare ad applicare la teoria del bilanciamento al procedimento *Espenhahn*.

Qualche notazione, partendo dal momento rappresentativo – la rappresentazione della possibile verifica di un incendio disastroso, potenzialmente lesivo della vita e dell'integrità fisica dei lavoratori della linea APL5 dello stabilimento di Torino.

⁶⁸ Così, F. VIGANÒ, *op. loc. cit.*

⁶⁹ E infatti, correttamente, in questo senso Cass., Sez. IV, 24 marzo 2010, n. 11222, *Lucidi*, in *St. Iuris*, 2010, 7-8, 837 ss. con nota di A. PALMA, (In tema di) idoneità ad integrare il dolo eventuale della mera accettazione di una situazione di pericolo, nonché in *Guida dir.*, 2010, 17, 80 ss. con nota di G. AMATO, *Circolazione stradale: per il reato di omicidio volontario occorre la prova dell'accettazione del rischio mortale. La percezione dell'esistenza del pericolo generico è insufficiente per far scattare il dolo eventuale* e in *Foro it.*, 2010, II, 306 ss. con nota di F.P. DI FRESCO, *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsideratamente spericolata: omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento?*

La sentenza di primo grado ha affermato che tutti gli imputati – tranne l'A.D. – possedevano la ragionevole speranza – leggi: convinzione – che il disastroso incendio non si sarebbe verificato, in quanto tutti – tranne, ovviamente, l'A.D. – confidavano nell'intervento risolutore dei vertici. La sentenza d'appello ha esteso l'asserzione a tutti gli imputati – anche l'A.D. era convinto che nulla si sarebbe verificato –, ma ha argomentato diversamente: i dirigenti e l'A.D. confidavano nelle capacità degli operai di estinguere prontamente le fiamme, prima che si verificasse il disastro, come, del resto, era sempre avvenuto.

Non possiamo – e non vogliamo – entrare nel merito della valutazione del materiale probatorio; tuttavia, un'osservazione almeno ci pare logica: chi, tra gli imputati, era giunto alla convinzione che non si sarebbe verificato un incendio di quelle proporzioni – e che, dunque, nessuno avrebbe perso la vita –, non si è rappresentato alcun evento omicidiario e, quindi, non può essere condannato nemmeno a titolo di colpa cosciente.

E' una conseguenza logicamente necessaria dell'accoglimento della teoria del bilanciamento: nella colpa cosciente la rappresentazione è vera rappresentazione, sussistente al momento della condotta; e se gli imputati erano giunti alla convinzione che non si sarebbe verificato un *flash fire*, al momento della condotta non si stavano rappresentando alcunché – o, che dir si voglia, avevano raggiunto la «non previsione o contro previsione» dell'evento – e, pertanto, non avrebbero potuto essere condannati a titolo di colpa cosciente, ma tutt'al più, a titolo di colpa semplice.

Soltanto se si ritenesse che gli imputati si erano effettivamente rappresentati la possibilità di verificazione di un evento delle proporzioni di quello in concreto verificatosi, si aprirebbe il problema – per quanto concerne la posizione dell'A.D. – della sussistenza dell'elemento volitivo del dolo eventuale.

Orbene, a tale riguardo, osserviamo come una corretta applicazione della teoria del bilanciamento avrebbe fornito una soluzione assai lineare.

Se il fine perseguito dall'A.D. era quello di conseguire un risparmio aziendale – si badi bene: nemmeno personale – di 800.000 euro – somme, peraltro, già accantonate nel bilancio aziendale – sussiste un rapporto di evidente sproporzione tra i benefici conseguenti dal raggiungimento di tale risparmio e i costi potenziali derivanti dalla verificazione di un incendio devastante, come quello drammaticamente sviluppatosi nello stabilimento di Torino – sol che si pensi alla morte di sette persone, alla distruzione degli impianti, al blocco totale della produzione, alla probabile fine della carriera professionale dell'A.D., alle conseguenze in termini di perdita della libertà personale, e via dicendo.

Insomma: si può davvero sostenere che l'A.D. avesse consapevolmente accettato la morte di sette persone per risparmiare qualche centinaio di migliaia di euro? Tanto più che l'A.D. viene descritto come una «persona preparata, autorevole, determinata, competente, scrupolosa»?

Ci pare che a questa domanda s'imponga un risposta negativa.

E ciò, non tanto perché i tratti della sua personalità siano più o meno «positivi», ma perché la sentenza del Tribunale di Torino non individua alcun specifico elemento in grado di spiegare perché, per una «persona preparata, autorevole, determinata, competente, scrupolosa» come l'A.D., risparmiare una somma tutto sommato modesta avrebbe rappresentato un obiettivo così fortemente desiderato da fargli accettare, addirittura, il rischio di poter uccidere un numero indeterminato di operai.

Ma non solo.

Sul punto, appare completamente in linea con la teoria del bilanciamento – e, in particolare, con il criterio del fallimento del piano dell'agente – la motivazione della sentenza pronunciata in grado d'appello. Infatti, anche volendo sostenere che, nella prospettiva dell'A.D., il sacrificio eventuale delle vite di sette operai rappresentasse un costo comparabile rispetto al risparmio aziendale che si era prefigurato di conseguire, il verificarsi dell'incendio avrebbe frustato totalmente l'obiettivo economico desiderato.

Si pensi (ancora) alla distruzione dello stabilimento, al blocco della produzione, ai danni di immagine, al risarcimento delle vittime: se l'A.D. si fosse rappresentato il verificarsi dell'incendio come conseguenza certamente connessa alla mancata predisposizione delle adeguate misure di sicurezza, le avrebbe poste in essere o avrebbe deciso comunque di correre il rischio?

Anche a questa domanda, a nostro avviso, non si può che rispondere negativamente.

Siamo ovviamente consapevoli del fatto che la teoria del bilanciamento non sia l'unica

strada argomentativa sulla mappa; e che non tutte le strade portino alla colpa.

Di più: siamo consapevoli della persistente esigenza – di cui si fa carico talvolta la «pubblica accusa», talvolta gli «stessi giudici» – di «lanciare un messaggio alle vittime e all'intera collettività di forte stigmatizzazione della condotta, e di espressione della volontà di fare sul serio» con un certo tipo di criminalità⁷⁰.

Sull'altro piatto della bilancia, tuttavia, come sempre, i costi; ed in particolare, in questo caso, «il costo collaterale [...] di snaturare a poco a poco la categoria del dolo, allontanandola sempre più dal dettato legislativo e – ciò che ancor più conta – dalle stesse categorie di ascrizione della responsabilità radicate nel senso etico comune»⁷¹.

E ci pare non siano costi che vale la pena di pagare.

⁷⁰ F. VIGANÒ, *Il dolo*, cit., 126.

⁷¹ *Ibidem*.